

le  
e,  
m  
as  
9.  
na  
os  
",

do

## O ESTADO EM JUÍZO

1993

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (46), 1993

343

**PETROBRÁS - APELAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
CONTRA O RESTABELECIMENTO DO REGIME TRIBUTÁRIO  
PREVISTO NA RESOLUÇÃO Nº 1.578/89 - SEEF**

*Incompetência da Justiça Federal para dirimir conflito entre o Estado do Rio de Janeiro e a Petrobrás relativo ao ICMS - assistência ad adjuvandum tantum da União Federal.*

EXMO. SR. JUIZ FEDERAL DA 16ª VARA - SEÇÃO RJ

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos autos do mandado de segurança impetrado por PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS contra ato do Sr. Secretário de Economia e Finanças do Estado do Rio de Janeiro (proc. nº 91.002 6671-0), não se conformando, *data venia*, com a r. sentença de *fls. 208/213*, vem contra a mesma apelar, com base no art. 513 do Código de Processo Civil, requerendo se digne V. Exa. ordenar a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Isto posto, pedindo a juntada da presente, para que produza os devidos efeitos,  
E. Deferimento.

Rio de Janeiro, 31 de agosto de 1992.

**JOSENETE VELOSO MONTEIRO**  
Procuradora do Estado

**JOÃO MAURÍCIO VILLASBÓAS ARRUDA**  
Procurador do Estado

RAZÕES DE APELANTE  
DO  
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Egrégia Turma

I

**RETROSPECTO**

1. A Petrobrás impetrou mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Secretário de Economia e Finanças do Estado do Rio de Janeiro, pretendendo (a) que seja "restabelecido o regime tributário previsto na Resolução nº 1.578/89 (artigos 2º e 6º)" da autoridade impetrada; e (b) que seja "afastada a tributação incidente sobre as operações com petróleo bruto e derivados que antecedem à saída interestadual imune, bem como a tributação incidente sobre o petróleo extraído na plataforma continental" (*fls. 34*).

2. Alega a Petrobrás (a) que possui o "fumus boni iuris" "consistente no direito líquido e certo de recolher os tributos de maneira preconizada na Constituição Federal, respeitando seus valores máximos, tais como o princípio da não-cumulatividade, da legalidade, que restarão irremediavelmente feridos se forem tributadas as operações anteriores à saída imune" (*fls. 33*); (b) que existe "periculum in mora" que é representado pela ameaça de dano grave e irreparável ao patrimônio da impetrante, que se passar a recolher os tributos de forma cumulativa, repassando, indevidamente, grandes somas de

dinheiro aos cofres públicos estaduais, não terá a possibilidade de ressarcimento posterior (...) (fls. 33).

3. Em suas informações de fls. 116/127, a autoridade apontada como coatora arguiu o descabimento do mandado de segurança; e a legitimidade da cobrança do ICMS nas operações de importação e produção de petróleo.

4. Ingressando nos autos, o Estado, através da petição de fls. 134/153, alegou, preliminarmente, (a) a incompetência da Justiça Federal para exame da matéria; e (b) a impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, acentuou que (a) o direito ao "crédito" do tributo é assegurado à PETROBRÁS, pela legislação em vigor; (b) o acúmulo de "crédito" não transforma o Estado em devedor da impetrante; (c) a autoridade administrativa pode declarar a nulidade de seus próprios atos; (d) isenções, incentivos e benefícios fiscais só podem ser concedidos e revogados, mediante Convênios celebrados entre os Estados e o Distrito Federal.

5. A Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, representada pela ilustre Procuradora Denise Lorena Duque Estrada, emitiu o parecer de fls. 169/173, opinando pela denegação da segurança, com a conseqüente cassação da liminar concedida.

6. Surpreendentemente, a r. sentença de fls. 208/213 rejeitou as preliminares suscitadas e concedeu a segurança, "para os fins requeridos na inicial".

7. O MM. Juiz da 16ª Vara Federal rejeitou as *preliminares de incompetência da Justiça Federal*, porque estaria evidenciado o interesse da União Federal na causa, pela apresentação da petição de fls. 36; e a do *descabimento do mandado de segurança*, porque a revogação da Resolução nº 1.598/89 "não se juntou apenas às atribuições de caráter administrativo da autoridade impetrada". O Estado "não pode invocar apenas sua conveniência e oportunidade para surpreender contribuintes, impondo-lhes exações com efeito retroativo" (fls. 210/211).

8. No mérito, entendeu o prolator da sentença recorrida que (a) "a imunidade do ICMS nas operações que destinem petróleo e derivados a outros Estados está a significar a exclusão de tais operações do regime tributário comum, por isso que, desde o nascedouro, são inaptos a produzirem fatos geradores do imposto"; (b) só o *diferimento* da cobrança do imposto para o momento em que, "findo o ciclo serão conhecidas as operações efetivamente tributáveis", evitará a "ofensa a princípios constitucionais"; (c) a *Resolução nº 1.578/89* jamais privou o Estado de qualquer receita do ICMS realmente devida pela impetrante; (d) a cobrança antecipada do tributo, "alcançando a totalidade do petróleo importado, porque este ingressou nos limites territoriais do Estado, ou o produto global extraído da Bacia de Campos, porque o manancial integra sua base física, significará a negação prática da imunidade estatuída no art. 155, § 2º - X - "b" da Constituição Federal"; (e) "o fato físico do ingresso do petróleo importado nos limites territoriais do Estado não constitui, per se, fenômeno jurídico relevante, em ordem a gerar obrigação tributária, se tal ingresso é apenas físico, mas não jurídico"; (f) não basta que o *petróleo importado* ingresse no Porto do Rio de Janeiro, para que, desse fato, resulte a obrigação de recolher o ICMS; e (g) o *petróleo extraído da Bacia de Campos* é bem que pertence à União.

9. Nenhum dos argumentos acima expostos pode, *data venia*, prevalecer, pois todo o raciocínio desenvolvido pelo MM. Juiz viola frontalmente diversos preceitos constitucionais, como se demonstrará a seguir.

## II

### PRELIMINARMENTE DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL E DA NULIDADE DA SENTENÇA

10. Por expressa disposição legal, são nulos os atos decisórios proferidos por Juiz absolutamente incompetente (art. 113, § 2º, do CPC).

11. Essa afirmação deflui do processo na medida em que se trata de mandado de segurança impetrado por sociedade de economia mista, tendo por objeto questão relativa ao pagamento de tributo de índole estadual. Assim, trata-se de lide a ser desenvolvida tão só e unicamente entre sujeito ativo e passivo da relação jurídica tributária. As partes legítimas são, portanto, o Fisco (no caso o Estado do Rio de Janeiro, representado pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Economia e Finanças, na medida em que à sua autoria se atribui ato acoimado pela impetrante de ilegal); e o contribuinte (uma sociedade de economia mista de natureza privada).

12. Apesar disso, a ação foi proposta perante a Justiça Federal, alegando a impetrante, ora apelada, que buscava apoio no art. 109, I, da Carta Constitucional, porque haveria interesse na União Federal, na medida em que seria ela detentora do monopólio do petróleo no País.

13. Ocorre, porém, que não se está, neste processo, discutindo questão que diga respeito ao monopólio do petróleo exercido pela União Federal. A matéria trazida à lume se refere tão somente à obrigatoriedade da impetrante, ora apelada, de recolher, nos moldes em que é preconizado pela Constituição Federal e pela legislação que rege a matéria, determinado tributo, no caso o ICMS, que deve ao Fisco do Estado do Rio de Janeiro. Nada se discute, pois, em torno do monopólio exercido pela União, como tal considerado "o privilégio, legal ou de fato, de que é detentora uma pessoa física ou jurídica para desempenho de determinadas atividades" (conceito de monopólio, segundo CRETELLA JUNIOR, in *Teoria e Prática do Direito Administrativo*, 1979, p. 248).

14. Apesar disso, arrimando-se no art. 109, I, da Carta Constitucional, sustenta a apelada a competência da Justiça Federal para processar e julgar o processo, o que veio a ser acolhido pelo Juízo de Primeiro Grau, merecendo, pois, aquela decisão reforma, à luz da nulidade que alberga.

15. Afinal, preceitua o art. 109, I, da Constituição Federal que

"Art. 109. "Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falências, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho."

16. Ao contrário do alvitrado pela apelada, não basta que haja intervenção da União (porque essa intervenção prescinde de justificativa) para determinar o deslocamento da competência para a Justiça Federal. É necessário que se atenda às condições impostas no texto da Lei Maior.

17. Na hipótese em exame, houve manifestação da apelada, tutelada mais tarde pela própria União, através do requerimento de fls. 36, no sentido de que integraria esta lide como assistente da impetrante, razão pela qual sob esse enfoque será analisada a matéria, de molde a demonstrar que não possui a União Federal qualificação para integrar a lide nesta condição e nem para intervir no processo por qualquer meio ou modo, já que não possui interesse jurídico no deslinde da controvérsia.

18. Por sua oportunidade, vale trazer o ensinamento de CRETELLA JUNIOR:

"42. A relação presente, no instituto da assistência, não é a que existe entre delegante (União) e delegado (PETROBRÁS). A PETROBRÁS, evidentemente, como delegada da União, recebe desta certas e determinadas atribuições, mas tais incumbências são totalmente estranhas ao instituto da assistência, pois a relação entre assistente e assistido é determinada ou informada por outro princípio - o interesse jurídico."

"49. Com grande precisão, PONTES DE MIRANDA escreve: "O interesse há que ser jurídico. Não basta, por exemplo, que a perda da demanda pela parte, que outrem quer assistir, diminua o patrimônio do vencido, que é devedor ao terceiro" (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, p. 70)."

"Se, por um lado, as sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como Assistente ou oponente" (Súmula nº 517 do SFT), por outro lado, é indispensável que fundamente o pedido de integrar a lide como assistente. E o fundamento deve ser o interesse jurídico, não o interesse econômico" (RF 284/124-125).

19. Apreciando tal espécie de intervenção, a jurisprudência dos nossos tribunais tem-se mantido uníssona ao afirmar que a simples assistência *ad adjuvandum*, seja da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal não é suficiente para determinar o deslocamento da competência da justiça comum para a federal, no que pertine aos feitos que são afetos àquela justiça.

20. Ressalte-se que o feito que ora é submetido a esse Egrégio Tribunal envolve relação jurídica da titularidade de empresa privada, porque é essa a natureza jurídica das sociedades de economia mista. Tanto é assim que o E. Supremo Tribunal Federal, através do enunciado nº 556 da Súmula, reconheceu que

"É competente a justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista."

O que, aliás, está em perfeita consonância com o disposto no art. 173, § 1º, da Constituição Federal:

"§ 1º. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que exploram atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias."

21. Não se perca de vista que a norma constitucional do art. 109, I, introduz exceção, não podendo, por essa razão, ser interpretada ampliativamente. Equivale dizer que o que não estiver delimitado no texto constitucional, como competência da Justiça Federal, sobeja à competência da justiça comum, que é residual. Afinal: *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*, diz a conhecida parêmia.

22. Deflui da conceituação do interesse jurídico a justificar o deslocamento da competência, que o interveniente seja diretamente beneficiado ou condenado pelo julgado, sem o que a intervenção manifestada através de pedido de assistência não estaria qualificada a tanto.

23. Ensina nossa melhor doutrina que

"A finalidade do ingresso do assistente é obter, na realidade, um resultado benéfico para si, tendo em vista os reflexos da sentença favorável que venha a ser proferida para o assistido."

"O fundamento jurídico da intervenção, na assistência simples, é o *interesse jurídico*, aferido precisamente em função de reflexos eventuais (a sentença pode ser favorável ao assistido e, então, o problema não se coloca) sobre a esfera jurídica do assistido. Este interesse encontra a sua concretização ou expressão prática na influência proferida, tendo em vista o objeto litigioso principal, sobre a relação jurídica do assistente" (ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil Comentado*, 1976, vol. III, p. 36).

24. Anote-se que no caso a União não será de modo algum afetada pela eficácia da sentença.

25. Do entendimento aqui esboçado, não discrepa o dos nossos Tribunais, valendo trazer à colação as ementas que seguem, pela sua adequação e oportunidade:

(a) "A competência para julgar as causas em que figura como parte a Rede Ferroviária Federal S.A. é da Justiça do Estado-Membro, e não da Justiça Federal, com exceção dos casos em que a União intervém como autora, ré, assistente ou oponente, não sendo, pois, de considerar a intervenção "ad adjuvandum" para o fim de impor competência da Justiça Federal."

(C.F. de 1969, art. 122, II, combinado com o art. 125, I).

"Como ressaltado nos votos proferidos pelos Ministros ANTONIO NEDER e MOACIR CATUNDA (fl. 115-118, 119-121), o interesse da União na demanda, capaz de deslocar a competência da justiça comum para a Federal, há de ser real, o que determina seja ela beneficiada ou condenada pelo julgado, e não o *simplex interesse "ad adjuvandum tantum"*, nesse sentido o entendimento do Pretório Excelso." (C.J. 5447-GB, Pleno - STF, RTJ 56/219).

(b) "O interesse da União e, por extensão da autarquia federal, na demanda, para deslocar a competência da justiça comum para a Justiça Federal, há de ser *interesse real*, interesse que faça com que a União ou a entidade autárquica se beneficie ou seja condenada pelo julgado. (C.J. nº 5448-GB, RTJ 58/705, C.J. 4021-GB, RTJ 51/238, C.J. 6157-SP, RTJ 94/529)."

- Trecho do voto do Min. FRANCISCO REZEK, 2ª. T. STF, 15/3/85, unânime - 103401 - PR.

(c) "Para que incida a regra de competência do art. 125, § 2º, da Constituição (hoje art. 109, I, da CF/88), é necessário que a União, ao ingressar na causa como assistente, demonstre de logo, interesse jurídico no seu desfecho. Não é bastante alegar interesse, mas demonstrar ou provar *interesse jurídico*." (AI 68478 (ag. Reg.) - RJ - Pleno, rel. Min. ANTONIO NEDER - RT 508/258.

(d) "Nos expressos termos do art. 50 do Código de Processo Civil, faculta-se a assistência quando existir *interesse jurídico* de terceiro, em que a sentença seja favorável a uma das partes. E interesse jurídico não se confunde com o simplesmente econômico, bem como, ao se aludir ao interesse de terceiro, quanto a uma sentença favorável a uma das partes, tal implica ver-se interesses comuns, derivados um do outro.:: (RT 469/170).

26. A decisão recorrida afronta, assim, a *Constituição Federal* (arts. 173 e 109, I), bem como nega vigência aos arts. 50, 54 e 113 e § 2º do CPC.

27. A incompetência do Juízo decorre da matéria, sendo inderrogável e improrrogável a competência, pelo que a decisão proferida é nula.

28. Por essas razões, confia o recorrente na acolhida da preliminar argüida, para que, anulando-se os atos decisórios proferidos no processo, seja determinado o encaminhamento do feito para apreciação da Justiça comum, que, em razão da matéria, no Estado do Rio de Janeiro, é uma das Varas da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

### III

#### AINDA PRELIMINARMENTE DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

29. Prevê a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXIX, a concessão de mandado de segurança para proteger *direito líquido e certo*, não amparado por "habeas corpus" ou "habeas data", quando o responsável pela *ilegalidade ou abuso de poder* for autoridade pública.

30. Ora, não sendo o Exmo. Sr. Secretário de Economia e Finanças do Estado do Rio de Janeiro responsável por qualquer *ilegalidade ou abuso de poder*, a concessão do mandado de segurança, na espécie, distorce e viola o preceito constitucional.

31. Além do mais, pretende basicamente a Petrobrás que seja "*restabelecido o regime tributário previsto na Resolução nº 1.578/89 - artigos 2º e 6º*".

32. Todavia, não foi capaz a impetrante de indicar qualquer dispositivo constitucional que amparasse seu pedido. Ao contrário. As normas legais por ela invocadas não autorizam de forma alguma a concessão do "writ", pois tratam de matéria estranha aos autos.

33. Na verdade, não pode o Poder Judiciário colocar-se no papel do Poder Executivo e passar ao exame da conveniência e oportunidade de criar este ou aquele *regime especial de recolhimento do ICMS*, tributo cuja instituição é de competência exclusiva dos Estados, de acordo com o artigo 155, inciso I, alínea b, da Constituição Federal.

34. Não pode, igualmente, o Judiciário impor ao Executivo Estadual a *dispensa*, em determinadas situações do pagamento do ICMS, sob pena de serem violados o artigo 2º da Constituição Federal, que garante a independência entre os Poderes; o 155, que dá competência

aos Estados e ao Distrito Federal para instituir o ICMS; bem como o inciso XII, alínea "g", do parágrafo 2º do artigo 155, que prevê que as isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados por deliberação dos Estados e do Distrito Federal, através de Convênios.

35. Ensinava o ilustre processualista *Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO TELXEIRA* que "Por *possibilidade jurídica do pedido* entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, *previsão ou ausência da vedação*, no direito vigente, do que se postula na causa."

(4ª Turma do STJ, acórdão no RESP. 1.678 - GO, DJU de 9.4.90, p. 2.744, apud Theotônio Negrão - *Código de Processo Civil*, 21ª edição, 1991, Revista dos Tribunais, página 181).

E o Ministro *Eduardo Ribeiro*, ao julgar a apelação cível nº 157.280-CE, teve oportunidade de firmar que

"Extingue-se sem julgamento do mérito, o processo cuja inicial limita-se a pleitear o reconhecimento de uma tese jurídica. E a tanto corresponde o pedido de que se afirme não ser devida determinada contribuição, em certas circunstâncias, sem explicitar como se concretizaram elas relativamente ao autor (TRF -6ª Turma, DJU de 19.4.89, p. 5.776, apud Theotônio Negrão, obra citada).

É de se ver, também, que o mandado de segurança "não se presta à obtenção de sentença preventiva genérica, aplicável a todos os casos futuros da mesma espécie." (RTJ 105/635).

Segundo *José Frederico Marques*

"Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão do autor se refere à providência admissível pelo direito objetivo." (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, Forense, 1958, p. 31)

Para *Galeno Lacerda*, o autor

"só será titular do direito subjetivo público de ação se, em tese, o direito objetivo material admitir o pedido." (*Despacho Saneador*, 1953, p. 76).

36. Inexistindo, portanto, no direito vigente, *previsão ou ausência de vedação*, que ampare a pretensão da apelada, fica perfeitamente caracterizada a impossibilidade jurídica do pedido.

37. Sendo assim, requer o Estado seja o presente processo extinto, sem julgamento do mérito, de acordo com o artigo 267, inciso VI do CPC.

38. Admitindo simplesmente para argumentar que suas preliminares não sejam acolhidas, diz o Estado mais o seguinte.

### IV

#### NO MÉRITO

##### A - DA RESOLUÇÃO Nº 1.578/89

39. De início, cabe ponderar que a Resolução nº 1.578, de 01 de março de 1989, foi baixada exatamente no dia em que entrou em vigor o novo sistema tributário nacional (art. 34 do ADCT).

40. Visou ela regularmentar, num momento de transição, a incidência do ICMS sobre as operações com petróleo, derivados de petróleo e álcool.

41. Seu objetivo, logo se vê, foi atender, naquela conjuntura, as novas regras de distribuição de competência previstas na Constituição Federal de 1988, que (a) extinguiu o imposto único sobre lubrificantes e combustíveis (art. 21, VIII, da Carta de 1967/1968); (b) sujeitou ao ICMS as operações com petróleo, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e lubrificantes; e (c) estabeleceu que o ICMS não incidiria sobre as operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados.

42. Assim, não pode restar dúvida de que a Resolução nº 1.578, de 01.03.89, importou numa *liberalidade* do Estado, porque previa o *diferimento* do pagamento do ICMS e, até mesmo, sua *dispensa* nas operações com petróleo bruto anteriores à imune.

43. A mencionada resolução entrou em vigor em 01.03.89 e produziu efeitos até 31 de março de 1991, após sucessivas prorrogações ditas pelo Sr. Secretário de Estado de Economia e Finanças, como se pode constatar pela relação junta a *fls. 100/101* e pelos documentos de *fls. 37/53*.

44. Não houve, portanto, "abrupta revogação" da Resolução nº 1.578/89, como pensa o MM. Juiz; mas, sim, *cessação de seus efeitos, pelo decurso do tempo*.

45. Todavia, ainda que tivesse havido revogação ou anulação da Resolução nº 1.578/89, melhor sorte não teria o "writ".

46. Tornou-se pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que é lícito ao ADMINISTRADOR ANULAR ATOS ADMINISTRATIVOS "EIVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNEM ILEGAIS", OU "REVOGÁ-LOS, POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE". Nesse sentido, a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal, consubstanciada na *Súmula nº 473*.

47. O poder-dever do administrador de *anular* o ato administrativo ilegal e a faculdade de *revogar* o ato válido, porém inconveniente ou inoportuno, reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, é, no Estado do Rio de Janeiro, obrigação do administrador, por determinação do *artigo 80 da Constituição Estadual*, que assim estabelece -

"Art. 80 - A administração pública tem o dever de anular os próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, bem como a faculdade de revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados neste caso os direitos adquiridos, além de observado, em qualquer circunstância, o devido processo legal."

48. O ato normativo aqui discutido não saiu do mundo jurídico por revogação ou anulação, mas, diversamente, pelo decurso do prazo de vigência. O princípio, contudo, é o mesmo. Da mesma forma que ao administrador é lícito revogar um ato normativo, pode ele DEIXAR DE PRORROGAR O ATO DESTINADO À VIGÊNCIA TEMPORÁRIA, por motivo de conveniência e oportunidade.

49. Por outro lado, em se tratando de ato nulo a toda evidência, tinha o administrador o poder-dever de declarar o vício, tão logo dele tomou conhecimento, ou deixar de prorrogar a vigência do ato se do vício somente tomou conhecimento quando do vencimento desse prazo. Foi o que fez o impetrado, conforme demonstram as informações de *fls. 116/127*.

50. De qualquer modo, o reconhecimento da validade da Resolução da SEF nº 1.578/89 jamais teria, como conseqüência, o pretendido direito da impetrante de permanecer

no regime especial instituído pela citada resolução. A discussão em torno da validade da Resolução somente tem relevância para saber se a impetrante está ou não obrigada a pagar o imposto que deixou de ser recolhido no período em que vigorou o regime especial previsto na Resolução SEF nº 1.578/89.

51. Com efeito, fosse válida a Resolução SEF nº 1.578/89, estaria a impetrante somente obrigada a recolher o ICMS sobre as operações que realizou, a partir de 01/abril/1991. Não estaria, porém, obrigada ao pagamento do imposto relativo ao período em que ele deixou de ser recolhido, em virtude do ato normativo em tela, porque a *revogação* produz efeitos *ex nunc*, não alcançando situações pretéritas.

52. Todavia, como se trata de ato baixado com violação ao princípio da legalidade, a impetrante está obrigada a pagar o imposto de que foi dispensada indevidamente, sem autorização legal, desde a entrada em vigor do sistema tributário previsto na atual Constituição Federal (1º/03/89), porque o ato nulo não produz qualquer efeito e a *declaração de nulidade* retroage à data da edição do ato, que desaparece do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido.

53. Acentue-se, porém, que a questão do pagamento do ICMS, no período de 01.03.89 a 31.03.91, não foi objeto do presente mandado de segurança, devendo ser discutida, posteriormente, na via própria.

## B - DA NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS

54. Dispõe o artigo 155, parágrafo segundo, inciso X, alínea b, da Constituição Federal, que

"§ 2º - O imposto previsto no inciso X, b, atenderá ao seguinte:

X - não incidirá:

- (a) *omissis*;
- (b) *sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;*
- (c) *omissis*."

55. Verifica-se, assim, que o ICMS não incide, apenas, nas operações que destinem a outros Estados petróleo, lubrificantes e combustíveis dele derivados. Todas as outras operações serão tributadas, sem exceção.

56. O dispositivo acima citado é de extrema clareza, não podendo ser aceito o entendimento da r. sentença recorrida de que as operações anteriores às imunes "são inaptas a produzirem fatos geradores do imposto" (*fls. 212*).

57. Pontes de Miranda, comentando a Constituição Federal de 1946, manifestou-se no sentido de que

"As disposições legais que imunizam ou isentam de impostos interpretam-se *estritamente*; e não cabe qualquer invocação de equidade." (Tomo II, p. 303, Editor BORSOI, 1960)

No mesmo sentido, José Afonso da Silva, para quem

"As imunidades configuram privilégios de natureza constitucional e não podem estender-se além das hipóteses expressamente previstas na Constituição (...)" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª edição, Revista dos Tribunais, 1989, p. 599.)

58. Igualmente não pode ser aceita a afirmação de que só o diferimento evitará a ofensa a princípios constitucionais (fls. 212). Nem a Constituição Federal de 1988, nem o Convênio ICM 66/88 prevêem o diferimento em relação ao recolhimento do ICMS nas operações com petróleo e seus derivados.

59. Frise-se, aliás, que a r. sentença recorrida não indicou quais os princípios constitucionais que teriam sido ofendidos com a não adoção do regime do diferimento.

60. Na verdade, a cobrança do ICMS, a partir de 1º.4.91, sem aplicação do regime especial de diferimento, não está "em desacordo com as condições avençadas no Convênio ICM 66/88", como afirma, sem justificar, o MM. Juiz (fls. 113). Ao contrário. A exigência do pagamento do tributo obedece ao disposto nos seus artigos 2º, incisos I e V; 3º, inciso II; 21; 27, inciso I, alíneas a e d, parágrafos 1º, 3º e 8º, 31 e 33.

### C - DA NÃO-CUMULATIVIDADE

61. O cumprimento do que determinam os incisos IX (alínea a) e X (alínea b) do § 2º do art. 155 da CF não implica, logicamente, em desrespeito ao princípio da "não cumulatividade" e, muito menos, ao da "legalidade". A Petrobrás fará, em sua escrita fiscal, créditos e débitos do ICMS (art. 34 da Lei RJ nº 1.423/89). Caso venha a acumular crédito, não se exigirá sua anulação, face ao disposto no artigo 155, § 2º, inciso II da CF de 1988, combinado com o artigo 33 do Convênio ICM nº 66/88, devendo o eventual saldo credor ser transferido para o período de apuração subsequente (§ 3º do art. 34 da Lei RJ nº 1.423/89).

62. É importante lembrar que, se não fosse o disposto no art. 33 do Convênio ICM nº 66/88, a Petrobrás teria que anular (= estornar) o "crédito" relativo às operações anteriores à imune, por força do que preceitua o inciso II do parágrafo 2º do art. 155 da CF de 1988.

63. Mantido o "crédito", de nenhum prejuízo pode queixar-se a Petrobrás; nem o Estado passa a ser seu devedor.

64. Esclarece Alcides Jorge Costa que

"Na verdade, o vocábulo crédito é usado em sentido impróprio porque a entrada de mercadoria no estabelecimento não cria, para o contribuinte nenhum direito de crédito contra o Fisco. O chamado "crédito" de ICM é, como foi demonstrado, apenas um elemento a considerar no cálculo do montante de ICM a pagar". (*O ICM na Constituição e na Lei Complementar*, Resenha Tributária, 1978, p. 154).

### D - DO PETRÓLEO IMPORTADO

65. A cobrança do ICMS, por ocasião da entrada do petróleo importado, nos terminais da Petrobrás, situados no Rio de Janeiro, obedece rigorosamente ao disposto no art. 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea a da Constituição Federal, que determina que o tributo

"IX - incidirá também:

(a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se trate de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou serviço.

(b) omissis."

66. Dessa maneira, a r. sentença recorrida está sem razão, quando afirma que essa tributação significaria "a negação prática da imunidade instituída no artigo 155 § 2º - X - b da Constituição Federal." (fls. 212)

67. Registre-se, por oportuno, que, ao contrário do que supõe o MM Juiz, o petróleo importado não "ingressa no Porto do Rio de Janeiro". Ele é descarregado diretamente no terminal da Petrobrás situado em Angra dos Reis, incidindo, nesse momento, o ICMS, de acordo com o disposto no art. 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea a da CF; no art. 2º, inciso I, do Convênio ICM nº 66/88; e no art. 2º, inciso V da Lei (RJ) nº 1.423/89.

68. Por outro lado, não faz sentido, *data venia*, a distinção que a r. sentença apelada pretende fazer entre "ingresso físico" e "ingresso jurídico" (fls. 212).

69. Rubens Gomes de Souza teve oportunidade de ensinar que os requisitos da incidência do ICM são os seguintes:

"(a) que ocorra uma saída física da mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, qualquer que seja o título jurídico que a determine, e sendo irrelevante que esse título envolva ou não a transmissão de propriedade;

(b) que a saída a que se refere a letra a seja promovida por comerciante, industrial ou produtor, entendendo-se como promotor da saída aquele que lhe dá causa jurídica, ainda que não seja aquele que materialmente a realiza;

(c) que a saída a que se refere a letra a configure uma etapa do processo de circulação de mercadoria, assim entendido o complexo das sucessivas transferências desta, desde o seu produtor, expressão que inclui o fabricante e o IMPORTADOR, até o seu consumidor final," (*Revista de Direito Público*, vol. 2, páginas 139/149.)

70. Portanto, de acordo com a lição do ilustre tributarista, um dos requisitos para a incidência do ICM era a saída física da mercadoria do estabelecimento comercial ou produtor, qualquer que seja o título jurídico que a determinasse.

71. Alcides Jorge Costa tem opinião semelhante (cf. "O ICM na Constituição e na Lei Complementar", *Resenha Tributária*, 1978, p. 87 e 147).

72. O mesmo se aplica, hoje, em relação ao ICMS, podendo-se dizer que, quando o petróleo importado ingressa no Terminal de Angra dos Reis da Petrobrás, há uma entrada física, econômica e jurídica da mercadoria.

### E - DA PRODUÇÃO DE PETRÓLEO

73. O fato da Constituição Federal incluir, no seu artigo 20, inciso V, entre os bens da União, os RECURSOS NATURAIS DA PLATAFORMA CONTINENTAL e da zona econômica exclusiva, não impede, de forma alguma, que o Estado sujeite a produção de petróleo bruto à incidência do ICMS.

74. O artigo 20 trata do direito de propriedade e, não, de jurisdição, incluindo, entre os bens da União, os recursos naturais da plataforma continental e, não, a própria plataforma. Esta, evidentemente, não pertence à União.

75. Assim, de acordo com o entendimento de Arthur José Favaret Cavalcanti exposto no parecer junto a *fls. 154/163*.

"o critério a ser utilizado para dividir entre os Estados o mar territorial, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental deve ser o mesmo que serviu para a sua divisão entre o Brasil e as Nações vizinhas. Ou seja, integram eles o território do Estado em frente a cujo litoral se situem. Portanto, exatamente o que prescrevem o § 8º do art. 27 do Convênio ICM 66/88 e o §§ 8º do art. 23 da Lei nº 1.423." (*fls. 159*)

76. Segundo, ainda, o mesmo parecerista, integrando a plataforma continental o território dos Estados e Municípios confrontantes, "podem (eles), assim, exercer livremente, nessas áreas, a competência tributária que lhes é conferida pela Constituição." (*fls. 160*)

77. Convém realçar que o art. 27 do Convênio ICM 66/88 encontra fundamento no artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea d da CF de 1988.

78. Outro ponto importante a acentuar é que, de acordo com o art. 6º da Lei nº 2.004, de 03.10.53, que instituiu a sociedade por ações - Petróleo Brasileiro Sociedade Anônima, tem ela por objeto

"A pesquisa, a lavra, a refinação, o comércio e o transporte do petróleo - proveniente de poço ou de xisto - de seus derivados, bem como de quaisquer atividades correlatas ou afins."

E o art. 8º da mesma lei dispõe que no estatuto da Petrobrás, serão observadas, em tudo que lhes for aplicável, as normas da lei de sociedades anônimas.

79. Muito a propósito, ensina José Afonso da Silva que

"As empresas e entidades que exploram atividade econômica terão que ser criadas por lei específica, assim como depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de suas subsidiárias (art. 37, XIX e XX), e **SUJEITAM-SE AO REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DAS EMPRESAS PRIVADAS, INCLUSIVE QUANTO ÀS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS E TRIBUTÁRIAS E NÃO PODERÃO GOZAR DE PRIVILÉGIOS FISCAIS NÃO EXTENSIVOS ÀS DO SETOR PRIVADO.**" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª edição, Revista dos Tribunais, 1989, p. 673).

Sobre essa matéria, não se pode esquecer a opinião do ilustre constitucionalista Pinto Ferreira, para quem

"A verdade é que as sociedades de economia mista têm uma natureza privada e comercial, não podendo ser compreendidas como serviços públicos nem delegações do Estado. Se é verdade que o próprio Estado poderá favorecer tais sociedades, através da legislação ordinária, entretanto as sociedades de economia mista não podem ser identificadas com as autarquias, de maneira que nenhuma imunidade tributária decorre para aquelas por força dos dispositivos constitucionais vigentes."

"Destarte, a imunidade tributária não beneficia a União, os Estados, o Distrito Federal, os municípios, as autarquias e fundações do Poder Público, explorando as

atividades econômicas previstas no art. 173 da Constituição Federal, e ao prestarem serviço público referido no art. 175 do texto constitucional."

"Não existe imunidade tributária dos serviços públicos remunerados por preço público (gênero) nem das atividades econômicas de entidades tributantes cujo regime jurídico seja de direito privado." (*Comentários à Constituição Brasileira*, 5º vol., Saraiva, 1992, p. 356 e 358).

80. Assim, explorando a Petrobrás "atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados" e tendo por objeto a pesquisa, a lavra e a refinação de petróleo, sujeitam-se ela e seus produtos à tributação, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 173 e do parágrafo 3º do artigo 150 da Constituição Federal.

81. Dessa maneira, é fácil concluir que inexistente qualquer violação constitucional à tributação do petróleo bruto extraído da Bacia de Campos, pela Petrobrás, ficando ele imune, apenas, no caso da transferência de um Estado para outro, por força do que dispõe art. 155, parágrafo 2º, inciso X, alínea b, da CF de 1988.

## V

### SÍNTESE

82. Em resumo, pode-se dizer que

(a) a *Justiça Federal* é absolutamente incompetente para apreciar a hipótese.

(b) a r. *sentença de fls. 208/213* é nula de pleno direito, porque proferida por juiz incompetente;

(c) há impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a pretensão da autora, ora recorrida, não encontra respaldo na Constituição Federal e no Convênio ICM 66/88;

(d) a *Resolução nº 1.578, de 01.03.89*, concedeu à Petrobrás, num momento de transição, por mera liberalidade, um regime especial de tributação, que previa o diferimento do pagamento do ICMS e, até mesmo, sua dispensa, nas operações com petróleo bruto anteriores à imune;

(e) a citada *Resolução* contrariava o disposto no art. 155, parágrafo 2º, incisos IX (alínea a), X (alínea b) e XII (alínea g) da Constituição Federal, acarretando sério prejuízo financeiro ao Estado;

(f) a cessação do regime de diferimento não implica em violação ao princípio da não-cumulatividade;

(g) a cobrança do ICMS sobre o petróleo importado obedece rigorosamente ao disposto no art. 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea a da Constituição Federal;

(h) a extração de petróleo bruto pela Petrobrás não goza de imunidade tributária.

(i) o ICMS apenas não incide sobre as operações que destinem a outros Estados petróleo e seus derivados, de acordo com o inciso X, alínea b, do parágrafo 2º do art. 155 da CF de 1988.

**VI**  
**CONCLUSÃO**

83. Face ao exposto, requer o Estado que essa Egrégia Turma, caso não acolha as preliminares suscitadas, dê provimento à presente apelação para denegar a segurança impetrada, como é de direito e de

JUSTIÇA.

Rio de Janeiro, 31 de agosto de 1992

**JOSENETE VELOSO MONTEIRO**  
Procuradora do Estado

**JOÃO MAURÍCIO VILLASBÔAS ARRUDA**  
Procurador do Estado